

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/165546>

Please be advised that this information was generated on 2020-09-08 and may be subject to change.

De rechtmatigheidsgetuige

I Inleiding

Sedert de jaren 80 is steeds gebruikelijker geworden dat de verdediging de rechtmatigheid van het overheidsoptreden in het kader van de opsporing ter discussie stelt. Daartoe worden onder meer getuigen opgeroepen die inzicht kunnen bieden in de handel en wandel van de politie: hoe kwam de politie aan zijn startinformatie; hoe wist de politie dat er precies in die boot een hoeveelheid cocaïne zou worden aangetroffen; heeft er infiltratie plaatsgevonden en zo ja heeft de infiltrant zich dan niet aan uitlokking bezondigd; of was er een informant en zo ja, is deze dan misschien een toezegging gedaan om tegen verdachte te verklaren in ruil voor een eigen gunstige behandeling? Het zijn slechts enkele voorbeelden, bedoeld om te illustreren dat de getuigen die in dit verband worden opgeroepen een bijzondere positie innemen.

In de terminologie van de commissie-Kalsbeek gaat het bij deze voorbeelden om 'rechtmatigheidsgetuigen'. Zij kunnen worden onderscheiden van 'bewijsgetuigen' die van belang zijn voor de materiële beoordeling van de tenlastelegging. Rechtmatigheidsgetuigen zijn van belang om te controleren of de overheid ordentelijk is opgetreden. Als gevolg van het feit dat vormverzuimen door de overheid ook gevolgen kunnen hebben voor een strafzaak tegen een verdachte, kan het belang van de rechtmatigheidsgetuigen voor die strafzaak niet ontkend worden, maar het is in wezen een afgeleid belang. Zowel in strafzaken waarin het bewijsmateriaal torenhoog ligt opgetast, als in (grote) strafzaken waar gebruik van diverse opsporingsmethoden is gemaakt, bestaat bij de verdediging de neiging het belang van de cliënt te dienen door het opsporingsoptreden ter discussie te stellen en daartoe tal van rechtmatigheidsgetuigen op te roepen.

De commissie-Kalsbeek heeft aanbevolen, om te onderzoeken of het mogelijk zou zijn dat een eenmaal door een rechter(-commissaris) gehoorde rechtmatigheidsgetuige niet nogmaals door een rechter

* Hoogleraar straf(proces)recht KU Nijmegen.

zou hoeven te worden gehoord.¹ De minister heeft met de aanbeveling om onderzoek naar deze mogelijkheid te doen ingestemd en dat onderzoek inmiddels uitgevoerd.²

De minister heeft op grond van het door hem uitgevoerde onderzoek, in welk verband ook de Orde van advocaten een advies heeft gegeven, geconcludeerd dat nadere regelgeving terzake de rechtmatigheidsgetuigen niet nodig is. Hij acht denkbaar dat rechtmatigheidsgetuigen niet ter zitting hoeven te worden gehoord, maar de rechter zal de beslissing terzake per geval moeten maken.

'Zodra evenwel van de zijde van de verdediging aannemelijk is gemaakt dat het afzien van het horen van de getuige schade toebrengt aan het belang van de verdediging, zal oproeping moeten volgen. Denkbaar is ook dat de rechter, indien hij hier toe redenen aanwezig acht, overgaat tot het uitsluitend door de rechter-commissaris doen horen van getuigen, bijvoorbeeld in verband met een zwaarwegend opsporingsbelang. Artikel 187d WSV, zoals opgenomen in de Wet BOB, ziet onder andere op die mogelijkheid. (...) Het verhoor bij de rechter-commissaris kan op voorhand niet als volledige vervanging van het verhoor op de terechtzitting dienen. Zeker in de gevallen waarin een verklaring als bewijsmiddel kan worden gebruikt, is het begrijpelijk dat de zittingsrechter zich zelf een indruk wil vormen van de persoon van de getuige. Uiteindelijk is het aan de zittingsrechter om te beslissen wie hij als getuige op de terechtzitting wil horen. Ik zie geen aanleiding om in deze situatie door middel van het bevorderen van een wetswijziging verandering te brengen.'³

Deze traditionele en sterk op de rechten van de verdachte gerichte benadering gaat aan twee punten voorbij. Ten eerste is de consequentie ervan dat de controle op het voorbereidend onderzoek in belangrijke mate afhankelijk wordt gesteld van de activiteiten van de verdediging en/of de betekenis van dat opsporingsonderzoek voor de beoordeling van de hoofdzaak. Een belangrijke doelstelling van het wetsvoorstel Bijzondere opsporingsbevoegdheden was de controle op de hantering van opsporingsmethoden te vergroten.⁴ De commissie-Van Traa bekritiseerde niet alleen politie en justitie maar schreef ook: *'Te vaak heeft de rechter een te passieve rol gespeeld bij de beoordeling van gebruikte opsporingsmethoden'*.⁵ In verband daarmee is er in de Wet BOB naar gestreefd door invoeging van de plicht van de officier van justitie om toepassing van de bijzondere bevoegdheden in de processtukken te melden (art. 126aa Sv) de controlerende activitei-

1 'Opsporing in uitvoering', *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 269, 4-5, p. 228.

2 *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 269, nr. 14, p. 41; *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 269, nr. 15, p. 34; *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 269, nr. 17, p. 20-21.

3 *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 269, nr. 17, p. 21.

4 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 14.

5 'Parlementaire enquetecommissie Opsporingsmethoden, Inzake opsporing', *SDU* 1996, p. 448.

ten van de rechter te vergemakkelijken. Zal de rechter de aldus ingekleurde wens dat hij een minder passieve rol speelt bij de beoordeling van opsporingsmethoden echter vervullen? Indien bijvoorbeeld een bepaalde camera-opstelling of een 'informant' niet krachtens art. 126aa Sv zijn vermeld, zal het in rechte kunnen gaan om de vraag of er sprake was van een wettelijk geregelde methode waarop art. 126aa Sv van toepassing is, te weten respectievelijk stelselmatige observatie of het gebruik van een burgerinfiltrant. In veel gevallen zal de rechter (zoals nog zal blijken) controle op de gehanteerde methode evenwel nauwelijks in het belang van de zaak zelf achten. Dan worden getuigen die over de rechtmatigheid van het overheidsoptreden iets te vertellen hebben niet gehoord.

Ten tweede beantwoordt de minister de vraag die de commissie-Kalsbeek centraal stelde ook niet echt, die naar het voorkomen van herhaling van getuigenverhoren. De minister gaat eigenlijk niet op het punt in, maar ontkent ook niet dat er een probleem ligt. In de regel zal het eerste verhoor plaats vinden door de politie, in het geval van een gerechtelijk vooronderzoek door de rechter-commissaris en tijdens het onderzoek ter terechtzitting door de rechter in eerste en tweede aanleg. Noch het bestaan van een eerdere verklaring, noch het bestaan van andersoortig relevant materiaal, is zoals we nog zullen zien naar geldend strafprocesrecht voldoende reden om een getuige niet opnieuw op te roepen.

2 Het EVRM

Tot de verdedigingsrechten die de verdachte aan art. 6 EVRM kan ontnemen behoren het recht getuigen *à charge* te ondervragen en getuigen *à décharge* op te roepen. Sommigen — ik doel dan vooral op aanhangers van het accusatoire procesmodel — zien in deze verdedigingsrechten een zelfstandige waarde; anderen — niet alleen aanhangers van een inquisitoir model — zien er vooral een instrumentele waarde in, namelijk om te bereiken dat de waarheid wordt gevonden door de rechter. Cruciaal is dit ondervragingsrecht vooral als de verdachte het voorliggende bewijs wil aanvechten. Het Hof herhaalt sinds het Kostovski-arrest dat getuigen niet altijd op zitting hoeven te komen.⁶ Een veroordeling mag niet 'to a decisive extent' zijn gebaseerd op getuigenverklaringen die de verdediging ondanks de wens daartoe niet heeft kunnen horen. Het is dunkt me echter nog maar de vraag of het

⁶ Zie hierover nog de noot van Schalken onder HR 18 mei 1999, NJ 2000, 106.

niet-horen ook in strijd is met het eerlijke proces, als niet de veroordeling is gebaseerd op een niet-gehoorde getuige, maar de verwerping van een niet-ontvankelijkheidsverweer of een verweer met betrekking tot de onrechtmatigheid van het verkregen bewijsmateriaal. In verband met deze vraag (of de regels met betrekking tot het horen van getuigen in even sterke mate gelden voor rechtmatigheidsgetuigen), speelt uiteindelijk ook een rol in hoeverre de overheid verplicht is de verdachte van allerlei zaken op de hoogte te stellen — van ongerechtigheden in het voortraject bijvoorbeeld.

In de Edwards-zaak had het Hof overwogen dat 'the prosecution authorities disclose to the defense all material evidence for or against the accused'.⁷ Ik ben geneigd enig gewicht toe te kennen aan het woord 'material'. In deze zaak ging het om ontlastend bewijsmateriaal met betrekking tot de vraag wie positief geïdentificeerd moest worden als de pleger van de misdaden. In een andere zaak waarin het ging om sturingsinformatie, was het Hof gemakkelijker toen het overwoog dat voor het onderbouwen van een verdenking in de zin van art. 5 lid 1 sub c EVRM niet mag worden verwacht dat vertrouwelijke bronnen van de verdenking (van terrorisme) worden geopenbaard, als dat de levens van anderen in gevaar kan brengen, hetgeen niet wegneemt dat voor zo'n verdenking wel enige objectieve aanwijzingen zijn vereist.⁸ Inmiddels is onder andere met het Doorson-arrest ook in verband met art. 6 EVRM enige geslotenheid toegestaan gebleken. In twee recente arresten in zaken tegen het Verenigd Koninkrijk wordt meer helderheid geboden. Volgens deze arresten impliceert art. 6 EVRM (nog steeds) dat de vervolgende autoriteiten de verdachte in kennis stellen van al het materiële bewijsmateriaal voor en tegen de verdachte.

52. However (...) the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interest, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused (see, for example the Doorson v. the Netherlands judgement of 26 March 1996. Reports of Judgements and Decisions 1996-II, para 70). In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under article 6 para 1 (see the Van Mechelen and Others v. the Netherlands judgement of 23 April 1997, Reports 1997-III, para 58).

7 EHRM 16 december 1992, *NJCM-bulletin* 1993, p. 449-453.

8 EHRM 30 augustus 1990, *serie A-182*, r.o. 34 (Fox, Campbell en Hartley).

Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities. (...)

55. The Court is satisfied that the defence were kept informed and permitted to make submissions (...) as far as was possible without revealing to them the material which the prosecution sought to keep secret on public interest grounds. (...) The Court notes, in particular, that the material which was not disclosed in the present case formed no part of the prosecution case whatever, and was never put to the jury. (...).

56. The fact that the need for disclosure was at all times under assessment by the trial judge provided a further, important, safeguard in that it was his duty to monitor throughout the trial the fairness or otherwise of the evidence being withheld. It has not been suggested that the judge was not independent and impartial within the meaning of article 6 para 1. He was fully versed in all the evidence and issues in the case and in a position to monitor the relevance to the defence of the withheld information both before and during the trial. Moreover it can be assumed (...) that the judge applied the principles which had recently been clarified by the Court of Appeal, for example that in weighing the public interest in concealment against the interest of the accused in disclosure, great weight should be attached to the interests of justice, and that the judge should continue to assess the need for disclosure throughout the progress of the trial ...'.⁹

Op dezelfde dag waarop het Hof op deze gronden geen schending aanwezig acht in de zaak Jasper, veroordeelt het in Rowe and Davis het Verenigd Koninkrijk wel. Daarbij speelt zeker een rol dat deze procedure voor de nationale instantie door een oudere 'disclosure'-procedure werd beheerst, waarbij geen sprake was van een voortdurende toetsing door de zittingsrechter of het afgeschermd materiaal niet alsnog moest worden ontsloten. Het komt mij evenwel voor dat ook van belang is, dat het in Rowe and Davis ging om het punt dat verborgen was gebleven dat de afgeschermd getuige de verdachte nimmer had genoemd als betrokken bij het delict, terwijl het in Jasper ging om het willen toetsen van de redelijkheid van een interceptie van communicatie.

Deze zaken — en vooral de hiervoor geciteerde overweging 55 — brengen mij ertoe te concluderen, dat het recht op een eerlijk proces niet in de weg staat aan het maken van processueel onderscheid tussen 'bewijsgetuigen' en rechtmatigheidsgetuigen. Men kan mijns inziens iets terughoudender zijn als het gaat aan het openbaren van gegevens die een rechtmatigheidsgetuige te melden heeft, aan de verdachte. Overigens belooft de uitspraak in de zaak Jasper niet veel goeds voor onze bedreigde getuige regeling; ik kom daar zo op terug.

9 EHRM 16 februari 2000 (Jasper v. UK).

3 Algemene trekken van het getuigenverhoor in het Nederlandse strafproces

In het Nederlandse strafprocesrecht heeft het begrip getuige betrekking op een ieder die over informatie beschikt die relevant kan zijn voor de rechterlijke beslissing in een strafzaak.¹⁰ Onderscheid tussen bewijs- en rechtmatigheidsgetuigen wordt dus (nog) niet gemaakt. Dat zou wel mogelijk geweest zijn, gegeven het feit dat eerst in het laatste kwart van de 20^{ste} eeuw als doel van het strafproces de waarheidsvinding ten behoeve van de traditionele eindbeslissingen is aangevuld met de controle van het overheidsoptreden. Na de eerste veroordeling van Nederland door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in 1976 en onder invloed van onder meer door A.A.G. Peters gesignaleerde ontwikkelingen in de Verenigde Staten kregen niet alleen het recht op een eerlijk proces, maar ook noties als de bewijsuitsluiting en de beginselen van een goede procesorde een belangrijker betekenis in het positieve recht. Dat ging zo ver dat een door de wens van '*policing the police*' ingegeven eerbied voor 'vormvoorschriften' soms leidde tot ongelukkige uitkomsten. Een reactie daarop is de Wet vormverzuimen van 1995. Daarmee werd in art. 359a Sv vastgelegd dat de rechter reden heeft zich te buigen over de vraag of zich vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek hebben voorgedaan. Het artikel geeft de rechtbank de mogelijkheid gevolgen te verbinden aan bepaalde vormverzuimen in het vooronderzoek — strafverlaging, bewijsuitsluiting, niet-ontvankelijkverklaring.

Deze achtergrond maakt het noodzakelijk stil te staan bij de mogelijkheid dat de toepassing van het wettelijk systeem aanleiding geeft voor het maken van onderscheid tussen bewijs- en rechtmatigheidsgetuige. Dat is nauwelijks het geval. Het openbaar ministerie heeft de bevoegdheid getuigen schriftelijk te doen oproepen (art. 260 Sv). De verdachte verneemt wie de getuigen (à charge) zullen zijn en dat hij het recht heeft de officier van justitie te verzoeken getuigen (à décharge) op te roepen. De officier kan dat laatste verzoek afwijzen a) als onaannemelijk is dat de getuige binnen een aanvaardbare termijn zal verschijnen; b) als hij gegronde reden heeft te veronderstellen dat de gezondheidstoestand van de getuige door het afleggen van een verklaring ter zitting ernstig in gevaar komt; c) als de verdachte niet in zijn verdediging wordt geschaad (art. 264 Sv). Van dat laatste is alleen sprake als de aan de getuige voor te houden punten van

¹⁰ *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 17, onder verwijzing naar EHRM uitspraken inzake Vidal, Kostovski en Isgró.

ondervraging in redelijkheid niet van belang kunnen zijn voor enige in de zaak te nemen beslissing, of als in redelijkheid moet worden uitgesloten dat de getuige iets over die punten zou kunnen zeggen.¹¹ Op grond van art. 359a Sv zal een getuige die een smet in het voorbereidend onderzoek kan aantonen strikt genomen al spoedig iets kunnen zeggen dat van belang kan zijn voor enige te nemen beslissing. Dat artikel heeft het verschil tussen bewijs- en rechtmatigheidsgetuigen eerder verkleind dan vergroot.

Ook voor het overige levert de procedure weinig aanleiding te vermoeden dat er duidelijke verschillen bestaan tussen de bewijs- en de rechtmatigheidsgetuigen. Als de officier van de weigeringsbevoegdheid gebruik maakt, kan de verdediging de rechtbank verzoeken de door de verdediging opgegeven getuigen te laten oproepen en de rechtbank kan dat verzoek afwijzen op grond van de drie zojuist genoemde factoren (art. 288 Sv). De verdediging kan ook getuigen meenemen en dan gelden de twee laatste factoren a fortiori. Een laatste mogelijkheid heeft de verdediging door de rechtbank de noodzaak te doen blijken van het verhoor ter zitting van nog niet gehoorde getuigen of deskundigen (art. 328 jo 315 Sv). De rechtbank kan dit verzoek afwijzen, omdat zij het horen niet noodzakelijk acht, hetgeen in het bijzonder het geval zal zijn als de rechtbank vindt dat zij voldoende is voorgelicht. In hoger beroep moet de zittingsrechter de zaak opnieuw in volle omvang onderzoeken: uit art. 422 Sv blijkt, dat de getuigen in hoger beroep opnieuw moeten worden gehoord, tenzij de verdediging een eerder afgelegde verklaring in eerste aanleg niet heeft betwist. Wanneer de verdediging getuigen opnieuw wil laten horen, zal het Hof zelfstandig moeten uitmaken of de verdediging door het niet horen in zijn verdedigingsbelang is geschaad. De Hoge Raad heeft al uitgemaakt dat het een verkeerde maatstaf is, als de rechter een verzoek om getuigen op te roepen afwijst 'omdat niet te verwachten is dat deze persoon als getuige op wezenlijke punten anders zou verklaren dan hij tijdens het vooronderzoek of ter terechtzitting heeft gedaan'.¹² Wel mag een rol spelen dat de getuige zowel door de rechter-commissaris als ter terechtzitting van de rechtbank is gehoord en de raadvrouw niet heeft aangegeven op welke punten zij de getuige nader zou willen ondervragen.¹³

11 Onder meer HR 24 november 1998, *NJ* 1999, 157.

12 HR 7 oktober 1997, *NJ* 1998, 153, m.n. 'tH; anders HR 18 oktober 1988, *NJ* 1989, 306.

13 HR 30 november 1999, *NJ* 2000, 345, m.n. P.A.M. Mevis.

Het voorgaande schetst een systeem waarin de rechter een vrij grote discretionaire bevoegdheid toekomt. De vraag is dan — en die vraag zou eigenlijk systematischer onderzoek behoeven — of de indruk juist is dat verzoeken om een rechtmatigheidsgetuige te horen frequenter worden afgewezen dan verzoeken om een bewijsgetuige te horen — hoewel het systeem daar eigenlijk geen aanleiding voor geeft — en hoe erg dat dan is. Ik denk dat er in elk geval enige neiging bestaat om terughoudend te zijn met het oproepen van rechtmatigheidsgetuigen en geef daarvan twee voorbeelden.

In de eerste zaak verzocht de verdediging om een bij het vervaardigen van XTC betrokken getuige Y te horen in verband met de vermoedelijke schending van het uitlokkingverbod (Tallon-criterium) bij infiltratie. Het hof overwoog:

‘Het vervaardigen van verdovende middelen als zodanig wordt niet aan de verdachte verweten. Ook is niet aannemelijk geworden dat eventueel onrechtmatig gedrag van Y. anderszins in verband kan worden gebracht met de aan de verdachte tenlastegelegde feiten. Dit betekent dat door de inzet van Y. als infiltrant of eventuele aan die inzet klevende gebreken geen rechtens te respecteren belang van de verdachte in de onderhavige strafzaak kan zijn geschonden. De verklaringen van evengenoemde getuigen dienaangaande zijn derhalve niet van belang voor enige in deze zaak te nemen beslissing. Op dezelfde gronden wijst het hof het verzoek van de raadsman af om de zogenoemde informatierapporten met betrekking tot de verrichtingen van Y. toe te voegen aan het dossier.’¹⁴

Het oordeel van het hof dat de verdachte door de afwijzing van de desbetreffende verzoeken redelijkerwijs niet in zijn verdediging kan worden geschaad, wordt door de Hoge Raad geaccepteerd. Daarbij speelt een rol dat niet verdenking van medeplegen van de vervaardiging van amfetamine is tenlastegelegd (waarop de beweerde uitlokking betrekking had), maar verdenking van deelneming aan een criminele organisatie.

Het tweede voorbeeld betreft een zaak waarin het hof op grond van een verklaring van een teamleider van de RCID had geoordeeld dat de betrouwbaarheid van een informant voldoende aannemelijk was geworden, terwijl de verdediging meende dat die betrouwbaarheid nader had moeten worden getoetst omdat naar aanleiding van zijn informatie het onderzoek in de zaak was gestart. De Hoge Raad vond dat dit verzoek mocht worden afgewezen omdat de verdediging redelijkerwijs niet in zijn belangen was geschaad, mede in aanmerking genomen dat de verklaring van de informant niet tot het

¹⁴ HR 14 maart 2000, *NJ* 2000, 519, m.n. Buruma onder *NJ* 2000, 520.

bewijs is gebezigd.¹⁵ Materieel komt het er op neer dat de verklaring van de teamleider de doorslag geeft en dat verder de juiste formules zijn uitgesproken en vastgelegd om het niet horen van de informant te legitimeren.

‘Geen verband met de tenlastegelegde feiten’; ‘niet gebruikt voor het bewijs’. In beide voorbeelden behoefde twijfel over het vooronderzoek niet te leiden tot nader onderzoek naar wat er gebeurd was. In het eerste voorbeeld was eigenlijk wel duidelijk dat er iets was misgegaan (uitlokking door een infiltrant); in het tweede voorbeeld wordt de beoordeling van de redelijkheid van de start van een onderzoek in feite uit handen van de rechter gegeven.

4 Geheime toetsing

In een onderdeel van het wettelijk systeem is wel verschil te onderkennen tussen de positie van bewijs- en rechtmatigheidsgetuigen. Dat blijkt bij vergelijking van de regeling bedreigde getuigen (art. 226a Sv e.v.) en de met de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden geïntroduceerde afschermingsconstructie (art. 187d Sv). Het betreft toevalligerwijs — maar niet irrelevant — in beide gevallen situaties waarin de zittingsrechter zich voor een deel moet verlaten op het oordeel van een andere rechter, terwijl de verdediging een deel van de gegevens waarover het openbaar ministerie beschikt niet te weten komt.

Ten aanzien van de bedreigde getuige weet de rechter-commissaris wie de getuige is (art. 226c Sv) voor wiens leven, gezondheid, of veiligheid danwel de ontwrichting van wiens gezinsleven of sociaal-economisch bestaan gevreesd moet worden. In een principiële zaak ging het Amsterdamse Hof ervan uit dat de bedreigde getuigenregeling in strijd is met art. 6 EVRM, mede gelet op het feit dat een ander dan de zittingsrechter beslist over het recht van de verdachte om getuigen te horen.¹⁶ Het was al in een eerdere uitspraak duidelijk geworden dat toetsing door de zittingsrechter van de beslissing van de rechter-commissaris aan de voorwaarden tot het verlenen van de status van bedreigde getuige in strijd is met de wettelijke regeling.¹⁷ Het nieuwe arrest maakte duidelijk dat de zittingsrechter een als bedreigde getuige aangemerkte getuige niet eens mag horen. Hij mag hooguit besluiten met het oog op een in een concrete zaak te ver

15 HR 19 januari 1999, *NJ* 1999, 253, met verwijzing naar HR 14 september 1992, *NJ* 1993, 83.

16 HR 20 april 1999, *NJ* 1999, 677, m.n. 'tH en AAe 1999, 662-668, m.n. Buruma.

17 HR 30 juni 1998, *NJ* 1999, 88, m.n. JR.

gaande beknutting van de uitoefening van het ondervragingsrecht van de verdediging, de verklaring van de bedreigde getuige niet mee te nemen in het bewijs. De wetgever dwingt de zittingsrechter naar het oordeel van de Hoge Raad zich te verlaten op het oordeel van de rechter-commissaris. Omdat de Nederlandse zittingsrechter niet in staat is voortdurend te toetsen of bepaalde gegevens niet toch naar voren moeten komen, vraag ik me na de hiervoor beschreven Jasperuitspraak van het Europese Hof af of dit arrest het zal houden in Straatsburg. De niet-ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak Kok (EHRM 4 juli 2000) suggereert overigens juist wel dat deze Nederlandse procedure deugt.

In de regeling bedreigde getuige was al de lichte variant opgenomen (vooral voor opsporingsambtenaren) dat identiteitsgegevens van getuigen geheim worden gehouden (art. 190 Sv). Art. 187d Sv gaat iets verder en maakt het mogelijk dat ook terzake andere kwesties (dan identiteitsgegevens) antwoorden op vragen worden gegeven aan de rechter-commissaris, zonder dat dit antwoord aan de procespartijen ter kennis komt. Daarvoor is vereist, dat er een gegrond vermoeden bestaat dat door openbaarmaking van een gegeven een getuige ernstige overlast zal ondervinden of een zwaarwegend opsporingsbelang wordt geschaad. Deze regeling

‘is van toepassing indien nadere opheldering gewenst is over bepaalde opsporingsactiviteiten, waarbij de officier van justitie bezwaar maakt tegen onverkorte interne openbaarmaking (...) Mijn voorstel is van minder verstrekkende aard dan het voorstel van PEC — schrijft de minister in de memorie van toelichting — omdat het niet inhoudt dat relevante informatie buiten het strafdossier kan worden gehouden, maar slechts dat, indien de rechter-commissaris onderzoek doet naar de wijze waarop het wel in het dossier aanwezige materiaal is verkregen, hij dit onderzoek zodanig kan inrichten dat informatie waarvan de openbaarmaking een zwaarwegend opsporingsbelang schaadt onvermeld kan blijven.’¹⁸

De afschermingsregeling is er vooral voor die gevallen, waarin in redelijkheid niet ontkend kan worden dat de verdediging een beroep doet op een mogelijke gebeurtenis in het vooronderzoek die zich waarschijnlijk niet heeft voorgedaan, maar die als deze zich zou hebben voorgedaan gevolgen zou kunnen hebben. In dat licht wordt de volgende passage begrijpelijk:

‘Artikel 187d Sv kan slechts een rol spelen buiten de gevallen waarin de zittingsrechter het antwoord op een vraag wil hebben voor zijn oordeelsvorming (curs. YB). Het Nederlandse strafprocesrecht biedt volop mogelijkheden om vragen te stellen waarvan het onwaarschijnlijk is dat het antwoord enige relevantie heeft voor de uitkomst van de strafzaak, terwijl dat antwoord de opsporing van andere zaken

¹⁸ *Kamerstukken II 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 21-22.*

enorm kan schaden. Tot nu toe bestaat in dergelijke gevallen uitsluitend de mogelijkheid de desbetreffende vraag niet te laten beantwoorden. Het voorgestelde artikel 187d Sv voegt daar slechts een mogelijkheid aan toe.¹⁹

Zo beschreven is art. 187d Sv niet een artikel waar men graag een beroep op zou doen: het heeft de inslag vast te laten stellen dat er echt niets van belang is gebeurd. Vergelijken we de bedreigde getuigen-regeling met de afschermingsregeling dan heeft een belangrijk verschil te maken met verschil tussen bewijs- en rechtmatigheidsgetuigen. De bedreigde getuigenregeling betreft gevallen waarin de getuige materiaal aanlevert ten behoeve de bewezenverklaring van het tenlastegelegde feit. De afschermingsregeling is er voor de toetsing van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden.

5 De rechtmatigheidsgetuige, de rechter-commissaris en de regiezitting

Toetsing door de rechter van wat er in het vooronderzoek gebeurt en voorkoming van overbodig herhaald horen van getuigen zijn mijns inziens twee goed verdedigbare wensen die een aanscherping van de benadering van de rechtmatigheidsgetuige rechtvaardigen. Om aan die wensen tegemoet te komen kunnen twee bestaande middelen (eventueel in onderling verband) worden uitgebuit: de zojuist genoemde regeling van art. 187d Sv en de zogenaamde regiezitting.

De strafrechtelijke regiezitting is een relatief nieuw fenomeen, waarover in brede kring wordt nagedacht, onder meer in het kader van het Gronings-Tilburgse onderzoeksproject 'Strafvordering 2001'.²⁰ Een regiezitting is een zitting, waarbij formele afspraken worden gemaakt over de voortgang van het proces, in het bijzonder over zittingsdagen en op te roepen getuigen.²¹ Niettemin kunnen ook voorvragen, bijvoorbeeld in verband met preliminaire verweren en/of aanpassingen van de tenlastelegging aan de orde komen, evenals voorlichtingsrapportages, perscontacten en de voorlopige hechtenis. Dat laatste doet zich vooral daar voor waar pro forma-zittingen in het kader van de voorlopige hechtenis ook als een soort rolzitting worden gebruikt. Bijzondere vermelding verdient de 'rolzitting' die de rechtbank Breda laat plaatsvinden ter bewaking van de voortgang van de procedure ontnemingsvorderingen.

¹⁹ *Kamerstukken II 1997-1998*, 25 403, nr. 7, p. 37.

²⁰ M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting; eerste interim-rapport onderzoeksproject straffvordering 2001*, Groningen 2000, p. 325 e.v.

²¹ Zie ook M. van der Horst, L.F. Keijser-Ringnalda, H.C.D. Korvinus e.a., 'Polarisatie in strijd met een goede procesorde', *Trema* 2000, p. 185-197.

Op zich is denkbaar dat de rechtmatigheid van het overheidsoptreden al tijdens de regiezitting wordt besproken. Daar is juridische ruimte voor. In de eerste plaats is de inzet van zo'n verweer dikwijls onder meer een beroep op niet-ontvankelijkheid (en kan het dus preliminair worden gevoerd) en in de tweede plaats wordt ter staving van het verweer gevraagd om getuigen te kunnen horen.

Meer in het algemeen kunnen bij de regiezitting afspraken worden gemaakt over de vraag welke getuigen bij de rechter-commissaris en welke ter zitting gehoord moeten worden. Daarmee kan worden voorkomen dat eenmaal door de rechter-commissaris opgeroepen getuigen ook weer ter zitting moeten worden opgeroepen. Op zich kan bij dat onderzoek door de rechter-commissaris de nadruk liggen op een traditionele aanpak, dat wil zeggen een waarbij de verdediging ongeveer evenveel weet als de rechter-commissaris. Mijn voorkeur zou er echter naar uitgaan dat de beoordeling door de rechter-commissaris plaatsvindt zonder dat de verdediging en de zittingsrechter alle relevante stukken noodzakelijk onder ogen zouden krijgen. De reden daarvoor is dat ik gegeven de belangen van derden en die van lopende andere opsporingsonderzoeken gewoonweg niet geloof, dat politie en justitie bereid zijn in het openbaar hun activiteiten inzichtelijk te maken. Daarbij speelt wat mij betreft ook mee dat de controle door de rechter-commissaris best iets verder mag gaan, dan het enkele onderzoek om vast te stellen dat er toch niets is gebeurd dat van belang is voor de zitting. De controle op het voorbereidend onderzoek door de rechter-commissaris zal dan in veel gevallen neerkomen op het gebruik van art. 187d Sv.

In die opvatting is het de taak van de rechter-commissaris de onderste steen boven te halen, maar rapporteert hij summier. Indien hij gebeurtenissen in het voortraject onrechtmatig acht, moet hij de zittingsrechter zodanig informeren dat deze daaruit kan afleiden of hij deze bevindingen ook als onrechtmatig kwalificeert en welke gevolgen hij in de concrete zaak aan de onrechtmatigheden wil verbinden. Op grond van het oordeel van de rechter-commissaris zou de zittingsrechter verder onderzoek naar het voortraject ter zitting mogen weigeren op grond van het criterium van art. 315 Sv. Ook als de verdediging na de regiezitting alsnog getuigen die nog niet zijn aangemeld wil laten horen, kan dit op grond van het noodzaakcriterium van art. 315 Sv worden beoordeeld.²² Uiteraard kan ook dan de verdediging niet het recht worden ontzegd om terug te willen komen op gedane

22 Den Hartog in *Strafvordering* 2001, p. 334-340.

toezeggingen, al was het maar omdat tijdens de behandeling ter terechtzitting gegevens naar voren kunnen komen die — ondanks de indruk die bestond ten tijde van het maken van de afspraak — nopen tot het horen van andere getuigen. Zowel op grond van de berichten van de rechter-commissaris als op grond van hetgeen de verdediging aanvoert kan de zittingsrechter het uiteraard ook noodzakelijk vinden om met het oog op zijn eindbeslissing nog wel onderzoek ter terechtzitting naar het voorbereidend onderzoek te laten plaatsvinden.

Men kan zich wel afvragen welk voordeel de verdediging zou hebben bij het onderzoek door de rechter-commissaris, zeker als dat in het geheim gebeurt. Is het niet aantrekkelijker om zelf het onderzoek in handen te houden door ter zitting in eerste en tweede aanleg rechtmatigheidsgetuigen op te roepen? Bovendien geeft de raadsman die bij de regiezitting ermee instemt de zaak door de rechter-commissaris te laten uitzoeken eigenlijk zijn mogelijkheden uit handen. Als de rechter-commissaris zegt dat zich niets onrechtmatigs heeft voorgedaan, kan de raadsman niet veel meer. De verdediging speelt zo geen hoofdrol bij de controle op het overheidsoptreden: de verdediging kan de getuige niet op de proef stellen.²³ Hooguit kan men zich voorstellen dat de verdediging zal willen afzien van verhoren van (rechtmatigheids)getuigen, indien daar tegenover staat dat bijvoorbeeld de voorlopige hechtenis elders kan worden uitgezet. Dat komt voor zover ik zie ten onzent nog niet voor. De Duitse rechtspraak — die overigens te kampen heeft met veel langduriger processen — is ons ten dezen voorgegaan: rechters kunnen beloven niet boven een bepaalde straf uit te gaan in ruil voor het afzien door de verdediging van het horen van bepaalde getuigen.²⁴ Principiële bezwaren zie ik niet. Het legaliteitsbeginsel hoeft ondanks een ontbreken van een wettelijke regeling van dergelijke afspraken niet aan de beloning van de verdediging voor een bepaalde processuele opstelling in de weg te staan, als we bereid zijn een analogie te accepteren met de situatie waarin deals met getuigen worden gesloten.²⁵ Wel is er een grens. *Volenti non fit iniuria*, maar je kunt het te gek maken. Afspraken waarover beide partijen het eens zijn zullen niet in strijd mogen komen met fundamentele beginselen van het recht of met de

23 Verg.T. Spronken, 'Anonieme getuigen, een "continuing story"', *NJCM-bulletin* 2000, p. 115-135.

24 *BGHSt* 43, 195; zie: H-J. Scholten, 'De regiezitting in Duitsland', *D&D* 2000, p. 671-694; en Th. Weigend, 'Eine Prozeszordnung für abgesprochene Urteile?', *NStZ* 1999, Heft 2, p. 57-63.

25 *HR* 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799, en *AA* 1999, p. 56-61, m.n. Buruma.

belangen van derden, zoals ook bleek in de zaak over de bedreigde getuige ter terechtzitting.²⁶

In de praktijk gebeurt het al dat afspraken over getuigenverklaringen informeel worden gemaakt en de verdediging acht zich redelijk gebonden aan gemaakte afspraken. Maar dat sociologische feit berust juridisch op drijfzand: als een raadsman moeilijk wil doen, kan hij dat. De zittingsrechter is immers gebonden aan de normale criteria om wanneer na de rolzitting toch weer gevraagd wordt om de reeds door de rechter-commissaris gehoorde getuige te horen, deze getuige al dan niet te weigeren. De zittingsrechter zal dankzij het processtuk of het proces-verbaal van de rolzitting hooguit hogere motiveringseisen mogen stellen aan de verdediging. De gedachte dat de verdediging zich tot op zekere mate bindt door een eenmaal gekozen procesopstelling, lijkt immers verdedigbaar. In een zaak waarin verdachte had ingestemd met een bepaalde gang van zaken (over een slachtoffer), was dit aanleiding om hem tegen te werpen, dat hij later op die gang van zaken niet moest terugkomen.²⁷ Überhaupt speelt in dezen de problematiek van de eigen acties van de verdediging: het kan zelfs aan de verdediging worden tegengeworpen dat deze niet heeft getracht de verbalisanten te horen die de verklaring van een inmiddels verdwenen getuige hadden opgenomen.²⁸ Niettemin is uiteindelijk een gemotiveerd verzoek om af te wijken van eerder gemaakte afspraken moeilijk te verwerpen. Het verdient daarom de voorkeur om de afspraken te formaliseren bij de regiezitting.

6 Slot

Het is vruchtbaar onderscheid te maken tussen rechtmatigheidsgetuigen en bewijsgetuigen. Daarmee wil niet gezegd zijn, dat de wetgever nu onmiddellijk aan de slag moet, of dat de rechter anders moet gaan oordelen dan hij doet. Het onderscheid helpt ons bepaalde uitkomsten van het rechterlijk wegingproces te begrijpen en nieuwe vragen op grond daarvan aan de orde te stellen. Met behulp van die notie is te concluderen, dat de huidige rechterlijke controle op wat in het voor-

26 HR 20 april 1999, *NJ* 1999, 677, m.n. 'tH/AA 1999, 662-668, m.n. Buruma en HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567, m.n. Sch.

27 HR 16 maart 1993, *NJ* 1993, 585, m.n. Kn; dit gaat mijns inziens wat minder ver dan het 'de rechter committeert de raadsman' waar De Roos in zijn preadvies *NJV* 1994, p. 150, over sprak.

28 HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 573; verg. ook in verband met problemen ten gevolge van advocatenwisseling HR 2 september 1997, *NJ* 1998, 101, en HR 12 oktober 1999, *NJ* 1999, 831.

onderzoek gebeurt, nog niet ideaal is. Enerzijds laat die rechterlijke controle te wensen over als gevolg van het feit dat sommige rechtmatigheidsgetuigen niet gehoord worden, omdat hetgeen zij mogelijk-
 wijs aan onregelmatigheden te melden hebben niet van belang is voor de oordeelsvorming ten aanzien van een bepaalde verdachte. Anderzijds leidt de huidige interpretatie van de de rechten van de verdediging soms tot overbodig herhaald horen van rechtmatigheidsgetuigen.

Naar mijn oordeel dient ter terechtzitting normaliter niet zozeer de vraag of de overheid juist heeft gehandeld voorop te staan, als wel de vraag of de verdachte het strafbare feit heeft gepleegd. Er is in dat perspectief niet veel tegen om met het oog op de zojuist genoemde bezwaren rechtmatigheidsgetuigen bij voorkeur buiten de zitting te horen. Dat lijkt ook verenigbaar met het recht op een eerlijk proces, zij het dat dit recht een grens opwerpt: (ogenschijnlijke rechtmatigheids)getuigen die ontlastende verklaringen kunnen afleggen — dat de verdachte het niet heeft gedaan — moeten niet buiten het zicht van de zittingsrechter worden gehouden. Ten aanzien van bewijsgetuigen moet de zittingsrechter immers elke uit efficiency geboren terughoudendheid laten varen. Het is beter enkele bewijsgetuigen ten overvloede te horen, dan iemand te veroordelen op een meinedige getuigenverklaring, gefabriceerd bewijsmateriaal, een valse bekentenis of zonder bestaand ontlastend materiaal onder ogen te hebben gezien. De praktijk met betrekking tot de rechtmatigheidsgetuigen kan een verfijning laten zien op twee punten. Wat betreft de efficiency — het voorkomen van herhaald horen van rechtmatigheidsgetuigen — lijkt een actiever gebruik van de regiezittingen een geschikt middel. Ten aanzien daarvan bestaat weinig twijfel. Wil men de regiezittingen optimaal gebruiken dan zullen deze in een zo vroeg mogelijk stadium moeten plaatsvinden.

De effectiviteit van de controle op het opsporingsonderzoek wordt op dit moment niet problematisch geacht: na Van Traa controleert een wakker openbaar ministerie de opsporing en slechts in extreme gevallen speelt de rechter daarbij een rol. Deze rolverdeling gaat uit van de gedachte dat het openbaar ministerie de politieke verantwoordingslijn boven zich heeft en de zittingsrechter niet goed uit de voeten kan met een bevinding dat zich ongerechtigdheden hebben voorgedaan. Ik vind dat dit voorbijgaat aan de bescherming van de rechtens relevante belangen van anderen dan de verdediging en de vervolgende instantie: de integriteit van de opsporing en de rechten van derden. In mijn opvatting is de rechter-commissaris meer dan louter voorpost van de zittingsrechter. Ook nu al is de rechter-commissaris belast met geheime taken met betrekking tot de bedreigde

getuige, de afscherming van art. 187d Sv en wellicht te zijnder tijd met de afspraken met criminele getuigen. De rechter-commissaris zou mijns inziens juist het handelen van de politie op zijn rechtmatigheid moeten toetsen in de onderzoeksfase die (de facto) nog niet precies op een met name genoemde verdachte is gericht, maar veeleer op een criminele groep.²⁹ In dat kader bepleit ik een actief horen van rechtmatigheidsgetuigen door de rechter-commissaris in combinatie met een actief gebruik van de mogelijkheden van art. 187d Sv. In het kader van deze min of meer geheime procedure hoeft geen terughoudendheid betracht te worden bij het onderzoek naar wat er nu precies is gebeurd in het vooronderzoek. Aan de verdediging en aan de openbaarheid hoeft immers niet alles aangaande het vooronderzoek te worden bekend gemaakt, zolang de zittingsrechter maar in staat blijft te beoordelen of de verdachte wel een eerlijke proces ondergaat. Wel zal het de rechter-commissaris moeten vrijstaan onregelmatigheden die hem zijn gebleken ambtshalve in te brengen in procedures waarin zij wel van betekenis kunnen zijn. De zittingsrechter kan dan bezien welke consequenties hij uit de bevindingen van de rechter-commissaris moet trekken.

29 Verg. het Franse model zoals beschreven (met al zijn nadelen) door P.A.M. Verrest, 'De sturing en controle van de politie in het Franse en Nederlandse vooronderzoek in strafzaken', *WODC onderzoeksnotities* 2000/3.